

正义价值的古今连接：中国法律史研究的时代意义与研究进路

丁广宇

摘要 | 中国法律史被研究者认为陷入学科危机，根本原因在于中国法律的制度传统与话语体系在清末法制变革时的断裂，导致中国法律史未能与中国法治事业展开有效对话。现有研究难以提炼具有说服力的中层理论和放弃回应中国法治问题的倾向进一步加剧了中国法律史研究的边缘化。但是这不代表中国法律史对当下法治建设毫无价值。当代中国法治由古代的、现代革命的和西方移植的三大传统组成，中国古代法律传统蕴含的正义价值是当代中国新型正义体系的组成部分，从中国法律史中提炼传统中国的正义观念能够为当代法治建设提供智识资源，当代法治必须充分尊重并体现来源于中国法律史的正义价值。传统的律典制度研究和新兴的实践法史研究均能挖掘正义理念，需要研究者具有当代法治的问题意识、部门法知识基础、历史领域的知识背景、多种哲学社会科学方法的灵活运用，以提炼具有说服力的中层理论。研究时需重点关注中西相异的正义观念，并对传统观念作出适合于时代发展的解读。

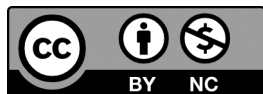
关键词 | 中国法律史；正义价值；三大传统；本土资源；古今连接

作者简介 | 丁广宇，中国人民大学法学院2021级法律史博士研究生。研究方向：中国法律史、文化遗产法。

Copyright © 2022 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



一、中国法律史的学科危机及原因

中国法律史的学科危机早已不再是新鲜话题，目前中国法制史学在中国法学院处于“边缘化”的尴尬地位已经是学界共识。中国法制史作为典型的交叉学科，既有深厚的历史学印记，又有较为明显的法学特征。但是，这样的性质给身在法

学院的中国法制史带来了不小的困境：法学院的研究者倾向于认为中国法制史不符合法学的实用性特征，无法与现代法治建设进行对话和连接。法学核心期刊倾向于不发表或少发表法律史研究成果，因为在以引用率为核心的期刊评价体系下，中国法律史论文“缺乏引用率”，给期刊影响因子“拖后腿”，甚至发表法律史论文成为期刊编

辑口中的一种“公益事业”或需要“行政命令”去强行推动的事情。^[1]若不是前辈们在世纪之初力保中国法制史在法学核心课程和司法考试中的地位,中国法制史在法学院的处境恐怕已经不堪设想。而法律史学者大多出身法学院,囿于其研究专长和特点,其研究成果时常不为历史学界所认可。^[2]因此,近二三十年来中国法律史学界对中国法律史的学科定位与研究方法等问题开展了深入的讨论与反思,产出了大量学术成果。^[3]然而不可否认的是,由于中国法律史学者群体中学科出身、教育与学术背景的差别相当大,讨论过程中相互误解者甚多,“鸡同鸭讲”情况不少。^[4]并且,目前的许多讨论并没有解决中国法律史学科危机的根本问题——法律史学科何以立足法学学科或法学院。^[5]当然,从全球的角度看,服务于德国民法解释需要的历史法学派的辉煌时代已经一去不复返,全球范围内的法律史研究衰落已是普遍现象,中国法律史年会每年数百人参会的盛况似无必要让人发出“绝学”之叹。然而,中国法律传统在清末法制变革时的断裂为中国法律史研究增加了特殊的难度,中国法律史研究者不能仅仅满足于“中华民族伟大复兴”和“复兴传统文化”的政策庇护,而放弃拷问中国法律史研究对于中国法学发展的根本意义。

当然,中国法律史未能与中国法治事业展开有

效对话,从而导致中国法律史学科危机的根本原因或许在于中国法律传统在清末法制变革时的断裂。从清末法制变革以来,我们一直坚持“法治进化论”的逻辑,通过移植西方法治模式来建立法治文明,其动力在于使西方国家认可中国的法治以废除领事裁判权,可以说自移植伊始,中西法治文明便处在优劣分明的不平等地位。改革开放和实施社会主义市场经济以来,我们需要更加适应市场经济的法治理论与实践。为了适应国际贸易和符合国际要求,我国再次对西方法律体系进行了大规模的学习与移植。当历史资源用来提供现实借鉴时,当代部门法学者总是倾向于从西方寻找智识资源,近则师法德日英美,远则祖述希腊罗马,几乎从未有部门法学者从《唐律疏议》中寻找历史借鉴。在《民法典》编纂过程中,尽管梁慧星教授、王利明教授两派学者都提及并推崇“中华法系”的价值,但在他们的成果中可以看出“他们认为这是个已经过时的体系,与今天的立法基本无关”^[6]。法理学研究者大都对启蒙运动以来西方法哲学家(政治哲学家)的学说如数家珍,却很少有学者去接触沈家本、梁启超、杨鸿烈等中国法律史先哲巨匠,因为近代法治理论的构建者来自西方而不是中国,无怪乎有学者认为“法律史学需要改弦更张,需要将研究的中心从中国法律史学转为外国法律史学,从中国法律思想史转为西方法律思想史”^[7]。可以说,自清末法制

[1] 如张文显教授指出“我也给《法制与社会发展》编辑部的同志们讲,要确保一定数量的法律史(包括中法史和外法史)论文,强调作为一家理论法学的专业期刊,发表法律史研究论文是学术担当的体现,是落实总书记重要讲话的学术责任的体现。”参见张文显:《法学期刊的新时代使命——在法学期刊研究会2019年会上的讲话》,载中国法学网http://iolaw.ccssn.cn/fxyjdt/201908/t20190822_4961002.shtml,2022年5月27日访问。

[2] 参见胡永恒:《法律史研究的方向:法学化还是史学化》,载《历史研究》2013年第1期。

[3] 代表性成果如尤陈俊:《知识转型背景下的中国法律史——从中国法学院的立场出发》,载《云南大学学报》(法学版)2008年第1期;胡永恒:《法律史研究的方向:法学化还是史学化》,载《历史研究》2013年第1期;马小红:《中国法史及法史学研究反思——兼论学术研究的规律》,载《中国法学》2015年第2期;夏新华:《显学抑或绝学——法律史学科百年发展周期律研究》,载《江苏社会科学》2020年第5期,等等。

[4] 例如胡永恒在《法律史研究的方向:法学化还是史学化》一文中对史学化与法学化的定义和提炼的模型并不能概括当时中国法律史研究状况的特质,导致围绕该文引起的争论有偏离主旨之嫌。

[5] 大陆学者中,尤以陈俊教授与王志强教授对此问题的论述较为充分。参见尤陈俊:《知识转型背景下的中国法律史——从中国法学院的立场出发》,载《云南大学学报》(法学版)2008年第1期;王志强:《我们为什么研习法律史?——从法学视角的探讨》,载《清华法学》2015年第6期等等。

[6] 参见黄宗智:《中国正义体系的三大传统与当前的民法典编纂》,载《开放时代》2017年第6期。

[7] 徐爱国:《论法律史学的身份认同焦虑》,载“近代法研究”微信公众号,2021年5月30日。

改革以来，中国法律史从来没有在现代西方法治面前取得平等的地位。西方法治理论的个人本位、限制公权、人人平等、人权保障、罪刑法定、注重形式正义等重要特质构成了我国法律移植的主旋律甚至不容置疑的公理，而家族本位、身份等级、实质正义优先、以刑为主、比附类推、情理裁断等传统法的特质自然成了现代法治的对立面和批判对象，更不用说当下如个人信息保护、数字法治、区块链与人工智能、企业合规等新兴热点问题在中国法律史中根本不存在。因此，中国法律史难以为中国法治提供智识资源，根本原因在于当代的中国法治建立在由西方移植过来的法律传统之上，与之精神内核完全相反的中国法律传统是现代法治发展的对立面，看上去确实无法与当下的法治事业进行平等对话。

也由于这一原因，中国法律史研究（特别是中国古代法律史研究）在话语体系上同样处于断裂状态，直接导致了“西方中心主义”等一系列问题。中国古代的律学取得了很高的成就，但由于种种原因，古代律学侧重经验主义与实用价值，并没有形成具有抽象思辨内涵、探究法律理论的科学体系，为构建中华法系的理论体系增加了难度。随着西方法治理论体系传入我国，并且成为近百年法治发展的主流话语，法学院中的研究者接受到的是西方法治理论和逻辑训练，使我们更加难以提炼能够准确概括和描述中国传统法的概念和理论体系，转而去使用虽然在表象上非常相近但实际上“貌合神离”的现代法治术语和理论工具。以近代西方法概念比对中国传统法实践，

很容易产生偏颇的认知。例如滋贺秀三教授在论证清代州县官府听讼的性质是“教谕式的调停”而非审判时，首先对“诉讼”这一概念进行了界定，且完全以“欧洲的诉讼”为标准，指出其核心内涵是“判定”，以此来比对中国传统的“听讼”，就很容易论证出“听讼并非审判”的结论。^[1]而对于中国学者来说，当我们在重述传统法的时候，我们很容易使用已经深入脑海的“物权”“民法与刑事法”“权利意识”这种术语（甚至有中国史学者亦如此使用^[2]），很大程度上是因为我们很难找出更为贴切的概念和理论体系来提炼既有事实。寺田浩明教授的反思十分中肯：“给他（黄宗智）的努力贴上一个‘近代主义’或‘西洋中心主义’的标签相当容易，然而要问我们关于上述问题是否已经准备好了什么更好的回答，则结论只能是‘无’。”^[3]

除西方中心主义难以逃脱外，中国法律史研究难以提炼具有说服力的中层理论和放弃回应中国法治问题的倾向进一步将中国法律史研究推向法学研究的边缘。一直以来，我国的中国法律史研究以考证史实、重述历史上的中国法律为主要目的，偏重于叙述史实而理论构建能力较为薄弱，能够提出有影响力的中层理论的研究成果仅为少数，即便是老一辈学者总结的诸如中华法系的基本特点等所谓“学界通说”一直以来也受到诸多质疑。^[4]虽然近年来诉讼档案的出版利用催生出一批可被归入“法律社会史”的研究成果，但大部分成果依旧偏重于微观叙事，产出的多为基于某地、某时段甚至某一案件的“短平快”成果，

[1] 参见[日]滋贺秀三：《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》，王亚新译，载王亚新等编：《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社1998年版，第54-97页。

[2] 如著名宋史学者程民生教授在《论宋代私有财产权》一文中认为：“古代史中的相关研究如果不借用相关词语或概念（指现代法学概念），便难以提出新问题。”参见程民生：《论宋代私有财产权》，载《中国史研究》2015年第3期。

[3] 寺田浩明：《清代民事审判：性质及意义——日美两国学者之间的争论》，载寺田浩明：《权利与冤抑——寺田浩明中国法史论集》，清华大学出版社2012年版，第309页。

[4] 如杨一凡教授对“明清律例法体系”“司法判例制度”的质疑、马小红教授对“重刑轻民”“以刑为主”的质疑、郝铁川教授对“法律儒家化”的质疑等等。参见杨一凡：《质疑成说，重述法史——四种法史成说修正及法史理论创新之我见》，载《西北大学学报》（哲学社会科学版）2019年第6期；马小红：《中华法系中“礼”“律”关系之辨正——质疑中国法律史研究中的某些“定论”》，载《法学研究》2014年第1期；郝铁川：《中国封建政体的演变与法制儒家化》，载《法治社会》2021年第1期，等等。

缺乏深入的法理分析和理论提炼,与瞿同祖先生法律社会史的研究进路^[1]和黄宗智教授主张的“历史社会学”^[2]相去甚远。当上世纪日美学者提炼出“教谕式的调停”“冰山模型”“拥挤列车”“非规则型法”“实用道德主义”“第三领域”等等概念并展开学术争鸣时^[3],我们仍需要论证并澄清中国传统司法不是“卡迪司法”。^[4]诚然,这些理论给我们的亲切性远不如梁治平教授将“面子”“关系”这种极具中国特色的概念引入清代习惯法的解读当中,^[5]但即便提出这些概念,确定其内涵和外延从而将其用于理论构建也十分困难,尤其是“天道”“仁义”“情理”“德礼”这些十分重要但难以言说的概念,更增加了建构法理论的难度。也正因为上述种种原因,一些中国法律史研究者放弃了与部门法学者对话及回应中国法治建设,以“文物主义”的态度看待中国法律史,以“博物馆管理员”的心态守护着中国法律史“本来的样貌”^[6]。缺乏理论提炼使得法律史学无法体现法的历史研究的水平和根本目的,中国法律史研究缺乏“思想资源的引证”被编辑认为是缺乏学术深度的体现。^[7]因此,中国法律史研究成果难以被其他学者引用,中国法律史学科在注重社会效用的法学院也自然难觅正当性。

二、作为传统法时代价值的正义观念

上述分析共同指向了一个问题,即中国法律史对

于中国法治的建设是否存在时代价值,或者说中国法律史研究是否能为中国法治提供智识资源。如果该问题的答案为否,那么中国法律史研究可以放弃和现实法治相互连接的尝试和发言权,将中国法律史学科定位为作为人文科学的专门史,以历史学的各种研究方法进行史实复原与史观建构,丰富我们对中国古代法律认知的知识资源,并将中国法律史视为当代法治的“他者”提供“镜鉴意义”^[8](而非借鉴意义)。若如此,我们便没有必要担忧中国法律史在法学院的正当地位(因为作为专门史的中国法律史很难在法学院获得正当地位)。而事实上,历史学研究也不仅仅限于部分学者总结的以“复原历史事实”为核心目的,史实、史观、史论三者是辩证统一的,史实的重建只是学习和研究历史的第一步。历史学学者同样强调问题意识,认为历史研究的问题意识指“历史学家基于对其在场的、当下现实生活的观察和思考,特别是对人类命运——人类的生命运动——的深切关注而转化并升华到历史学层面上提出来的,兼具现实性和学术性双重属性,且从人类历史发展的视野、在历史学领域进行深入细致考察的问题进行自觉思考并努力寻求答案的一种主体意识”,其本质依旧是“现实问题意识”^[9]。我国的历史学家也并非仅仅满足于资料的考证与复原,在历史理论的提炼和建构方面同样做出了巨大贡献。相比之下,学科建制一直归属于法学院的法律史学科无论在史料运用还是理论构建方面都还需向历史学学习。

然而,我们需要思考的是,中国法律史当真无

[1] 尤陈俊教授总结出瞿同祖先生的《中国法律与中国社会》在方法论上鲜明地呈现出“整体主义”与“功能主义”的视角。参见尤陈俊:《中国法律社会史研究的“复兴”及其反思——基于明清诉讼与社会研究领域的分析》,载《法制与社会发展》2019年第3期。

[2] 黄宗智教授强调历史社会学应当同时具备社会关怀、历史视野和宽阔的法学视野。参见黄宗智:《建立“历史社会学”新学科的初步设想》,载《历史法学》2013年第1期。

[3] 相关讨论参见寺田浩明:《清代民事审判:性质及意义——日美两国学者之间的争论》,载寺田浩明:《权利与冤抑——寺田浩明中国法史论集》,清华大学出版社2012年版,第298-310页。

[4] 相关讨论参见马小红:《确定性与中国古代法》,载《政法论坛》2006年第3期;张玲玉:《韦伯“卡迪司法”论断辨正》,载《环球法律评论》2012年第3期等。

[5] 参见梁治平:《清代习惯法》,广西师范大学出版社2015年版,第159-160页。

[6] 参见黄宗智:《过去和现在:中国民事法律实践的探索》,法律出版社2014年版序,第3页。

[7] 王中:《论法律史研究中的法理意义》,载《华东政法学院学报》2006年第1期。

[8] 朱腾:《中国法律史学科意义之再思》,载《光明日报》(理论版)2018年10月15日。

[9] 周祥森:《历史研究中的问题意识刍议》,载《史学月刊》2017年第12期。

法向其他法学学科贡献智慧、服务于当代中国的法治建设吗？习近平总书记曾在考察中国政法大学时指出：“我国法学基础研究薄弱，表现之一就是对博大精深的中华法治文明和法治文化传统研究不够、挖掘不够，这是法学研究最突出的短板。”^[1]此论一方面指出中华法治文化传统的重要性，另一方面也是对几十年来看似热闹的法律史研究的一种鞭策。张文显教授亦指出：“法律史，特别是中国法律史研究，是构建新时代中国特色法学体系、提振中国法学学科体系、学术体系、话语体系的民族精神、民族品格的基础性工作，是弘扬优秀法治文化、确立和巩固中国特色社会主义法治的理论自信、文化自信的前提性工作，意义非常重大。”^[2]然而，口号性的宣示无法给出方法论层面的指导价值，曾经在中国法学界振聋发聩的“什么是你的贡献”和“中国法学向何处去”至今并未得到令人满意的答案，“本土资源论”由于“缺乏具体意见，尤其是立足于中国传统的历史实际的具体意见”^[3]，而依旧没有回答什么是中国法治的本土资源以及本土资源如何在中国法治建设中觅得地位。

然而，苏力和邓正来先生的时代之问之所以能够在法学界掀起不小的波澜，我认为其原因在于我们内心深处觉得应当存在中国法治的“本土资源”，中国法学应当存在一种不同于西方现代化范式的、属于中国法律的理想图景。黄宗智教授指出：“从历史实际的视野来看，中国今天的法律明显具有三大传统，即古代的、现代革命的和西方移植的三大传统。三者在中国近、现代史中是实际存在的、不可分割的现实；三者一起在中国现、当代历史中形成一个有机统一体，缺一便不可理解中国的现实。”^[4]这段话鲜明地指出，中国古代的法律传统依旧是当下法治的重要组成部分之一，并且在很大程度上型塑着中国的法律实践。徐爱国教授亦指出：“当代中国法同时包含了中国传统、社会主义性质和西方现代法律精神的三重因素。三种因素之间相互对抗和妥协，中国法呈现复合的特点。”^[5]而黄宗智教授2020年出版的著作《中国的新型正义体系：实践与理论》的书名已经暗示，中国古代法律传统蕴含的正义价值是当代中国新型正义体系的组成部分。因此，从中国法律史中提炼传统中国的正义观念能够为当代法治建设提供智识资源。

正义观念为何能够成为连接古今法律的桥梁？法律应当追求正义这一命题在当下应当不会有人予

以否认，而我国从西方移植而来的现代化范式的法治时常与民众的正义观相冲突。有仇必报、杀人偿命、清官情结、重视国家权力为受害者伸冤、重视法治的道德作用、法律工具论等等重视实质的正义观念具有深厚的社会基础，与罪刑法定、个人本位、限制公权、重视形式推理、法治信仰等西式法治观念的冲突在个案中时有体现。^[6]徐爱国教授指出：“现代西方法律理念与民众根深蒂固的行为模式和思想观念的冲突，依然存在。即使是在现行法律中，对抗无处不在，典型地，西方式民主与中国固有的民本主义、官方主导下的财政税收政策与民众富民减税的要求、维护社会与国家安全与刑法上的人权保护、法律规定的严格审级制度与民众越级上访的习惯、市场经济下的现代财产动态流转与民众静态固守‘财主’心态之间、西方法律中的意思自治原则与传统‘找价’实质权利保护原则、西方的过错赔偿责任原则与中国同情弱者补偿受害人原则，在当下中国仍然存在。”^[7]因此，当我们反思清末法制变革与法律移植时，我们应当认识到，我们能够移植罪刑法定、无罪推定、私权保障、诉讼程序等等各种制度，我们可能可以通过法律移植逐渐培养人们对具体制度的态度、权利意识、诉讼心态，但我们移植不了这些制度背后根植于西方法文化传统中的个人本位理念、私权利与公权力二元对立的观念。工具主义的法律移植不仅与我国深厚的文化传统发生冲突，还造成了所移植的制度在实践中的异化，导致与其本来理念完全相反的后果。

当我们认识到这一现象时，我们难道还能很肯

[1] 转引自张文显：《法学期刊的新时代使命——在法学期刊研究会2019年会上的讲话》，载中国法学网http://iolaw.csn.cn/fxyjdt/201908/t20190822_4961002.shtml，2022年5月27日访问。

[2] 黄宗智：《中国的新型正义体系：实践与理论》，广西师范大学出版社2020年版，第20页。

[3] 黄宗智：《过去和现在：中国民事法律实践的探索》，法律出版社2014年版序，第4-5页。

[4] 徐爱国：《法理念的文化冲突与中国法律的多元属性》，载《社会科学研究》2014年第6期。

[5] 如贾敬龙案、张扣扣案、于欢反杀案以及关于拐卖妇女罪量刑问题、未成年人刑事责任年龄下调等问题引起的社会争论，其背后体现的都是传统正义观念与当代法律制度之间的张力。

定地说,由西方移植而来的法治理论一定是先进的,社会对于法律、正义的朴素认知和法感情一定是错误的、需要变革的吗?以现代化范式为标准或许是的,但法治终究是社会治理的模式之一,如果法律的实施不能得到社会的拥护和赞同,反而被认为是助恶抑善的工具,那么法治的地位将会受到严重的冲击,因为正义始终是法治的最核心的价值。这种社会公众普遍存在的正义观从何而来?按照三大传统论,这种价值不在于移植而来的西式法治,而很大程度上在于历经两千年的中华法系传统,和在革命根据地时期已然付诸实践的马克思主义革命法制传统。在中国法律史中,我们很容易找到当下社会正义观的历史呈现。即便我们的法治方向已经不可避免地现代转型,但转型期间的社会形态和民众意识无疑还深刻体现着传统的因素,带有从中国历史上传承下来的深刻烙印,并不会因为上层建筑的变化而完全消除。赵明教授指出:“作为现代法学重要概念的法治,自其被引入中华法系之历史叙事开始,就意味着对传统专制政治的检讨和批判,意味着诉求蕴含正义品质的法律自身之权威地位的确立;而离开民族文化精神传统的辅助与支撑,法律又难以获得型构现实生活秩序的权威地位。尽管中华法系‘随着法制的近代转型而终结’,其所蕴含的伦理价值理念仍然鲜活地存在于国人的心理情感和生活世界之中。”^[1]这就是我们连接历史与现实中最关键的节点:若是就制度论制度,古今制度的巨大变化已经无法引起法学界借鉴历史的兴趣。只有当我们触及中国法律史为当下提供的正义价值,并且让大家意识到法律史体现的正义价值在当下依旧得到充分体现且不可或缺,当代法治必须充分尊重并体现来源于法律史的正义价值之时,中国法律史才能真正体现其当代价值,并且得到法学同行们的重视。中国法律史研究者需要做的是,从史料中梳理并构建当下正义体系“三大传统”中的中华法系传统和革命根据地时期的法制传统,论证这两种传统在当下正义体系中的普遍存在和不可或缺性,方能赋予“本土资源”更加坚实的历史和现实合理性。

三、基于阐释正义价值的中国法律史研究进路

(一) 法律史学界对正义价值的研究

以“表达与实践的背离”及清代与民国诉讼档

案研究对中国法律史学术界造成革命性影响的黄宗智教授近些年发表了一系列基于历史与现实的连接来构建中国正义体系的论文,并结集成《中国的新型正义体系:实践与理论》一书。黄宗智教授将他曾经提出的三大传统论通过正义体系加以概括,以历史与现实的法律实践为素材,试图提炼“可以长期持续的、具有中国‘特色’的、‘万世之法’的正义体系”,即“新型的中华法系”^[2]。黄宗智教授的研究呈现三大重要特征:第一是鲜明的实践性。黄宗智教授所使用的材料,无论是历史还是当下,都使用了大量诉讼档案和社会调查材料来体现蕴含在其中的正义价值。如黄宗智教授广泛使用清末民国中央和地方诉讼档案、满铁调查报告、新中国时期的法院档案、智库机构的调查数据论证婚姻家庭、侵权、调解与和解、刑讯逼供等问题中的正义观念,其研究进路应当是“从实践历史中区别优良的融合和恶劣的失误,梳理其中所包含的法理,借此来探寻综合两者的方向和道路”^[3]。第二是多元并存而非二元对立的思路。黄宗智教授认为中国的倾向并非像西方形式理性体现的二元主义思维,而是将其视作共存、相互作用的对立统一体,是一种二元合一、互动互补的思维过程,看似“悖论的二元共存”通过儒家的“中庸之道”得以解决,构成了中国文明的根本和深层特征。^[4]在黄宗智教授自己提出的理论中,无论是“实用道德主义”还是“三大传统论”,都鲜明地体现了这种多元共存、相互影响的复杂状态,当然也面临来自一些学者关于其“取巧”的批评。第三是十分重视纠纷解决制度与实践。黄宗智教授认为:“中国法律体系的一个基本特点是它不限于国家的正式司法机构,长期以来都同时广泛依赖民间的调解。”^[5]在他的体系中,调解制度作为道德与法律、现代性与传

[1] 赵明:《中华法系的百年历史叙事》,载《法学研究》2022年第1期。

[2] 黄宗智:《中国的新型正义体系:实践与理论》导论,广西师范大学出版社2020年版,第9页。

[3] 黄宗智:《中国的新型正义体系:实践与理论》结语,广西师范大学出版社2020年版,第333页。

[4] 黄宗智:《中国的新型正义体系:实践与理论》第三章,广西师范大学出版社2020年版,第120-121页。

[5] 黄宗智:《中国的新型正义体系:实践与理论》导论,广西师范大学出版社2020年版,第1页。

统结合的制度，不论是在明清、民国、根据地还是当下都构成了中国法律体系的核心特征，实用道德主义的理念和“己所不欲，勿施于人”的“黄金标准”也在其中得到鲜明的体现。^[1]特别是他强调“正义体系”而非“法律体系”，原因之一即民间社区与宗族的非正式调解体系是超越正式的正文法体系而在中华法系中扮演重要角色，并且不等于西方世界的ADR与“非正式正义”。^[2]

国内法律史学者中，对中国传统正义观念进行体系性研究的是张中秋教授，他在近年来出版了《传统中国法理观》一书及《中国传统法律正义观研究》《中国传统法本体研究》《中国传统法理学的精髓及其当代意义》等论文，对中国传统法律正义观进行了系统建构。张中秋教授将法与正义紧密连接，认为制定法律的依据就是“正义”^[3]。中国传统法本体内涵的核心是动态的合理正义观，动态的合理正义观的原则是：等者同等、不等者不等、等与不等辩证变动的有机统一。^[4]基于此，张中秋教授总结出“自然/天理/阴阳→道德/仁义/情理→正当/合理/公平→正义”的正义观念体系。^[5]与黄宗智教授的研究相比，张中秋教授的研究同样体现了辩证统一的特征，而呈现出明显的重视官方表达和哲理思辨的特点。其建构传统法正义观时以《唐律疏议》为基本材料，辅之以《尚书》《易经》《论语》《荀子》等儒家经典进行解读，体现传统儒家官方话语表达的理念。基于这种特点，张中秋教授的研究大量涉及“天地”“阴阳”“道德”“中和”“仁爱”等哲学概念，将其连接在天道与正义的两端，构建出一套有机的正义体系，对于这些哲学概念的解读呈现出明显的思辨性特征。而黄宗智教授的研究并未对中国传统哲学概念作过多纠缠，更侧重于提炼实践体现的正义特征。

当然，囿于两位教授的学术背景，其研究不可避免地存在局限性。黄宗智教授长期旅美的经历和中西对比的问题意识使得其分析框架依然无法摆脱中西二元对立的烙印（尽管其在建构中国当代正义体系依旧强调多元融合），对中国传统法的正义理念特别强调以调解实践为核心的“非正式正义”，与以审判为核心的“正式正义”相对，实质上依旧是上世纪末日美学者争论框架的延伸，但“审判”与“调解”的区分在传统中国本无相对应的概念。而张中秋教授偏重于哲学层面的研究除了会面临近

年来有关“宏观法制史”的种种批判之外，还涉及各种中国古代哲学概念的内涵与外延界定的困难。令人欣喜的是，近年来一些学者在古代制度和法律实践层面（而不仅仅是思想史层面）提出与提炼正义观念目的相近的“法理研究”，并进行了积极的探索。^[6]正义作为法理的核心概念，传统法的法理研究与揭示传统法的正义价值应当一脉相承，以此为中心能更加提升中国法律史研究的理论深度，并与法理学等学科展开交流。

（二）正义价值研究的可能方向

明清以来大量留存的司法实践类文献为研究传统法的正义价值提供了丰富的资源。在“表达与实践的背离”的理论构造下，研究普通民众、司法官员、案件当事人如何理解、运用法律来解决纠纷，能够呈现出更为真实的正义价值。不能忘记的是，司法实践研究不能仅仅停留在历史事件的叙述层面而忘记另一端的成文法，我们同样应当像研究当代案件一样，将目光在案情与法条之间来回逡巡。并且，为了得出更有说服力的结论，即便我们着眼某一地区的司法实践，也应当尽可能完整地阅读涉及某一类案件的全部司法档案。不同的司法官员、不同的当事人在同一类案件实践中呈现的观点不一定

[1] 黄宗智：《中国的新型正义体系：实践与理论》第三章，广西师范大学出版社2020年版，第92-93页。

[2] 黄宗智：《中国的新型正义体系：实践与理论》第五章，广西师范大学出版社2020年版，第178-181页。

[3] 张中秋：《中国传统法律正义观研究》，载《清华法学》2018年第3期。

[4] 张中秋：《中国传统法本体研究》，载《法制与社会发展》2020年第1期。

[5] 张中秋：《中国传统法理学的精髓及其当代意义》，载《法律科学》2019年第1期。

[6] 代表性成果如蒋楠楠：《传统法典中的法理及其现代价值——以〈唐律疏议〉为研究中心》，载《法制与社会发展》2018年第5期；屠凯：《发现儒家法理：方法与范畴》，载《法制与社会发展》2020年第3期；彭巍：《论梁启超与沈家本的“法理”观——兼论以法理为中心主题的法律史研究》，载《法制与社会发展》2021年第3期等。除此之外，2021年“法理研究行动计划”第十八次例会以“中国古代法典中的法理”为主题，关注传统法中的法理问题，影响力较大。

完全相同,只研究一个或几个案件的“短平快”研究成果并不能提出具有普遍价值的学术观点。即便是较为细致的微观研究,我们也需要通过分析档案文书中当事人与法官的叙事思路、说理结构及其与成文法的比较,以提升研究成果的理论品格。此外,为了更加深刻地理解司法实践中各种观念产生的原因,我们需要多种社会科学知识的补给。法律实践是政治、经济、社会的镜子,从中反映出的是社会现象和社会问题。任何时期法律的动态研究,虽然中心是提炼司法运行的模式和遵循的价值,但我们必须看到其背后的政治、经济、文化、社会背景,对相应的学科资源持开放的借鉴态度,打破学科之间的隔阂,方能拓展研究的深度和广度。不论是寺田浩明教授还是黄宗智教授对于清代民国的民事法运行的分析,我们都能看出他们经济史和社会史的学术功底和对两者的理论借鉴。

虽然以司法实践为中心的“历史社会学”研究更容易提炼传统法律实践中的正义价值,但这并不等于以传统律典与制度为核心史料的法律史研究无法提炼正义价值及与当代法治建设对话。从传统法制中寻找借鉴价值和思想资源本身不是错误的研究路径,对传统律典与制度就事论事、缺乏哲理层面的分析与评价、忽视当代部门法知识及古今之间的差异性才导致这种研究路径在近些年受到一定批判。相比于仅仅解释律典制度“是什么”,探究律典制度“为什么”作此规定、为何需要调整此种社会关系及为何需要通过此种手段调整社会关系、调整这些社会关系的目的和手段体现了怎样的价值取向等问题是更需要着重分析的。这不仅要求对律典制度的仔细解读,更要求具有当代法治的问题意识和相关部门法知识基础,亦要求对所涉及的相关历史领域有足够的了解。近些年产出的优秀成果中,谢晶教授对现行刑法中的聚众哄抢罪与清律中的窃盗律、白昼抢夺律进行互鉴,对聚众哄抢罪与盗窃、抢夺、侵占罪的关系进行历史解读,总结清代在处理上述犯罪时体现的观点和理念,是法律史与部门法进行对话的佳作。^[1]顾元教授通过分析唐律“山野物已加功力辄取”与“占山野陂湖利”条的无主物法律制度,总结唐代无主物制度“物尽其用”“不与民争利”等价值旨趣,虽然大量使用财产权话语体系来分析唐代法律,但亦能实现民事法治的古今对话。^[2]

如果我们在构建传统法的正义体系时感觉难度

较大,亦可增加对近代司法史的关注。作为传统法向近代法转型的重要时期,清末民国和当下面临的转型问题有着高度的相似性。由废除领事裁判权带来的大规模移植西方法律制度浪潮难以阻挡,而不论是官员还是民众似乎都没有做好迎接全新制度的准备,传统法文化依旧深植于当时的土壤,带来诸如礼法之争、罪刑法定之争等象征传统与近代、中国与西方的争论,成为中西法律文化的一次正面碰撞。不论是“民法典”的搁浅、“现行律民事有效部分”的启用、大理院判例制度的创设,还是南京国民政府成立后推动法典化进程,都能够体现出执政者在中西法律文化之间寻求平衡与相互妥协。在司法层面,司法官员要面临近代制度与法治观念在民众生活中的实施问题,如何处理法典与习惯之间的关系?如何处理法律的官方表达与民间实践之间的背离?作为接受新式法政教育的官员,如何平衡西方法治观念与民间固有的传统正义观念之间的矛盾?这些矛盾在当下同样存在,同样需要我们去解答。清末民国在司法实践中处理这些问题的立场与方法能够为当下提供更大的借鉴意义,特别是在三大传统的相互激荡之下,新的法治观念正在逐步形成,并相比于古代法更加接近于我们当下的正义价值。在话语体系上,由于清末民国已经开始移植西方法律体系,所以以现代法治体系和术语解读民国时期的官方表达并无不妥,从官方与民间的互动中还可探究两种话语体系的相互影响。从当代法到古代法,遵循时间由近到远的思路,研究转型期的法治可以为我们架起理解古代与当代的桥梁。

(三) 需要注意的问题

第一,中西法律文明观念既有相互冲突的内容,也有共同享有的价值观念。在中国法律史研究中,由于中国法律传统自近代以来长期相比西方现代法律文明处于不平等地位,因此某一时期的不少学者为了证明中国古代法的先进性,着重论证现代法律文明中的价值在古代法中亦有体现(如论证中国古代存在“民法”“权利保护”“罪刑法定”等等)。诚然,我们

[1] 谢晶:《聚众哄抢罪的历史解释——兼论现行法研究的法史维度》,载《社会科学》2022年第5期。

[2] 顾元:《论唐代无主物法律制度》,载《中国法学》2020年第3期。

需要打破认为中国传统法野蛮落后、西方法治文明先进的偏见，但事实上世界文明能延续至今，不论中国还是西方必定需要处理共同存在的社会关系，也必定共同分享着某些共同的价值追求。因此，汲汲于论证当代法治的价值在传统法中亦有表达，不仅不能体现传统法对于构成当下正义体系的不可替代的作用，还会继续落入以西方法治标准评价中国传统法的“西方中心主义”窠臼。谢晶教授曾指出：“真正的‘恋母’或言‘爱国情结’，应当是发掘、展示自己文化本身的特色与优势，而非牵强附会他者，费尽心力只为证明‘别人有的我也有’——如此实际上展现的反倒是心灵深处极大的自卑。”^[1]传统中国的正义体系构建当然需要当代法治的问题意识，但是对史料的挖掘、解释与理论建构依旧需要从史料本身入手，在扎实的史料基础之上进行理论阐释，贯彻“以我为主”的价值理念，在借鉴西方社会科学理论解释传统法时注意其生成背景和价值导向。

第二，在提炼传统法的正义价值时，中国法律史研究需要区分哪些是符合当代正义发展趋势并可以进行时代转化的价值，哪些是已经丧失基本经济社会基础、不符合时代发展、应当批判的价值。前者为中国法治建设提供经验，后者为中国法治建设提供教训，两者都需要法律史学者总结提炼。如何判断哪些是可传承的价值、哪些是落后的价值？除了借鉴黄宗智教授提出的“己所不欲、勿施于人”的“儒家黄金标准”，研究者还需要对中国古今的政治、经济、社会制度与文化基础及变化有更加深刻的把握。当中国已经推翻皇帝制度、等级制度、人身依附关系，法律面前人人平等、依法治国的观念已深入人心时，我们需要对传统法及影响当下的观念进行客观评价而非一概论证其存在的合理性。我们不能以“农村地区男性传宗接代是刚需”为由为拐卖妇女行为辩护，亦不能通过分析“藉尸抗争”具有“制定法外的正当性”来论证政府

应当容忍这种传统的存在。^[2]当我们在论及中国传统监察制度的借鉴意义时，我们不能忘记中国古代监察制度是皇帝制度的直接产物，监察制度日益强化的核心原因在于皇权的膨胀，皇帝对官僚群体的不信任最终发展出实为监察机关的厂卫恶例等历史教训。^[3]因此，只有充分掌握古今时代背景，我们才能对某种价值的正义还是非正义、历史的经验还是教训作出更加准确的判断。此外，中国法律史研究需要与法理学（尤其是法哲学、法社会学）学习经验并展开对话。作为基础理论法学，中国法律史在理论提炼与解读的过程中不能缺乏法理学的知识养料和方法论指导，当下法学院法理与法史学科缺乏沟通的现象对法律史的学术品格有害无益。对于传统中国正义价值的研究是传统中国法理研究的重要组成部分，需要避免法史与法理、制度史与思想史、中国与西方的“两张皮”现象。

四、结语

孟子曰：“行之不得，反求诸己。”即便中国法律史研究面临理论体系的断裂、法学研究的功利主义等等现实问题，我们依旧应当从自身出发寻找原因，而非一味抱怨当代法治建设不尊重传统文化。面对极其丰富的法律史资源，法律史研究者需要具有当代法治的问题意识，在细致解读史料的基础之上，通过哲学、经济学、社会学、政治学等多种学科方法，提炼和解读中国法律史中蕴含的正义观念，并结合时代发展进行理论建构，将其塑造为当代正义体系的重要组成部分，从而与当代法治建设与法学研究进行对话。习近平总书记在考察中国人民大学时提出了“建构中国自主的哲学社会科学知识体系”的要求，中国法律史作为同时体现“中国自主”和“哲学社会科学”的重要学科，需要与其他学科相互学习，共同为建构中国自主的法学知识体系贡献力量。

[1] 谢晶：《史料中的问题与问题中的史料：法律史研究中司法档案运用方法刍议》，载《师大法学》2017年第1辑。

[2] 相反，尤陈俊教授通过对“藉尸抗争”进行历史和社会文化层面的解读，指出了此种行为对法治框架的危险，并分析如何阻断这种危险的产生机制。参见尤陈俊：《尸体危险的法外生成——以当代中国藉尸抗争事例为中心的分析》，载《华东政法大学学报》2013年第1期。

[3] 参见赵晓耕：《中国传统御史监察制度的经验教训》，载《环球法律评论》2017年第2期。